

Geht's raus und spielt's Fußball!

Thorsten Kingreen

2021-04-07T11:26:22

Das Reden über die Pandemie und deren politische Bewältigung ist schwierig geworden. In Familien und Freundeskreisen wird entweder gar nicht mehr oder nur noch vorsichtig über das Virus gesprochen, weil man sich nicht zerstreiten möchte oder das längst schon getan hat. Auch in der Wissenschaft scheint man sich deshalb teilweise aus dem Weg zu gehen, und die digitale Begegnungskultur leistet das Ihre dazu. *Christian Drosten* und *Hendrik Streeck* haben nach eigenen Aussagen seit einem Jahr nicht mehr miteinander gesprochen, obwohl das für die Bewältigung der Pandemie vielleicht ganz hilfreich sein könnte. Das Virus betrifft uns auch als Rechtswissenschaftler:innen persönlich. Das unterscheidet unseren Streit über die Gegenmaßnahmen von allen Debatten, die in den vergangenen 70 Jahren in der Zunft geführt wurden. Aber auch das Erlebnis mit einem Fakultätskollegen, von dem [Uwe Volkmann](#) in seinem Beitrag berichtet, könnte man als Empfehlung deuten, in der Rechtswissenschaft im kollegial-freundlichen Gespräch zu bleiben. Zur Wissenschaft gehört, dass die/der andere irgendwo auch ein bisschen Recht haben könnte, und zu ihrer Kommunikation mit der Politik das Verstehen, nach welchen sozialen Regeln diese funktioniert.

I.

[Oliver Lepsius](#) hat in diesem Blog das schwierige Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und (Rechts-)Politik treffend analysiert. Die Texte von [Friedhelm Hase](#) und [Günter Krings](#) liefern die Belege, wie es zum Fremdeln zwischen beiden gekommen ist, gleich hinterher. Klingt nach einem runden Konzept, hat nur den Haken, dass beide zwar *Lepsius'* Diagnose bestätigen, sich aber auf seinen Therapieversuch einer methodologisch-reflektierten Verknüpfung von Dogmatik und Expertise gar nicht erst einlassen.

Während *Hase* derzeit weder Rechtswissenschaft noch Rechtspolitik betreiben möchte, weil er sich in Verhältnissen wähnt, „in denen das Recht in gesicherter Erfahrung keinen Halt mehr findet“ (und sich damit aus der Debatte verabschiedet), wünscht sich *Krings* eine der Politik dienende Verfassungsrechtswissenschaft. Verfassungsrechtliche Kritik in der Corona-Krise ist, so *Krings*, „Wasser auf die Mühlen“ der „gefährlichen Bewegung“ der „Querdenker“, aber sie dient der Politik nicht und soll dann lieber bleiben, wo der Pfeffer wächst. Gerade weil das Verhältnis der Politik zur Wissenschaft derzeit nicht ganz einfach ist, hätte man sich an dieser Stelle zunächst einen Beitrag gewünscht, der dem Charme der Differenzierung, den Grautönen, vielleicht etwas mehr abgewinnen kann; ihn hat nun [Konstantin Kuhle](#) geliefert. *Krings* hingegen rundet den Anlass der Debatte auf diesem Blog zwar in gewisser Weise rustikal ab. Mehr als den zweifelhaften Ehrentitel „Hirte II“ wird er damit aber nicht erringen. Wenn man bislang zu Recht keine Sorge um den Verfassungsstaat in der Krise hatte, muss man sie beim Zustand der CDU-Rechtspolitik allmählich bekommen. Man wird sich in der Auseinandersetzung auf

Michelle Obamas anti-trumpistisches „When they go low, we go high“ beschränken müssen.

Neben *Krings* arbeiten sich auch [Matthias Jestaedt](#) und [Anna-Bettina Kaiser](#) an der Erstellung eines mit Zitaten gespickten Sündenregisters der Rechtswissenschaft ab. Die Urheber der Zitate werden dabei nicht nur aus vornehmer Benevolenz nicht genannt. Zum Teil stammen sie nämlich gar nicht aus der Staatsrechtslehre. Eines konnte ich noch der Journalistin *Franziska Augstein* zuordnen. Bei anderen wie der unfeinen Bezeichnung des Bundestages als „rubber stamping institution“ muss jemand tief in Dunkelkammern des Internets hinabgestiegen sein, ich habe das Zitat dort jedenfalls im Kontext des Bundestages nicht gefunden. Auch hat, was *Krings* behauptet, meines Wissens kein professorales Mitglied der Staatsrechtslehrervereinigung die Corona-Gesetzgebung in irgendeinen Zusammenhang mit dem Ermächtigungsgesetz von 1933 gesetzt.

Über den Stil einzelner Zuspitzungen darf man selbstverständlich streiten. Auch sollte die Fähigkeit zur Selbstkritik immanenter Bestandteil von Wissenschaft sein; Freunde in der Wissenschaft, die Grenzüberschreitungen im persönlichen Gespräch offen ansprechen, sind gute Freunde. Ebenso hat selbstverständlich die Politik das Recht, sich gegen unfaire Zuschreibungen zur Wehr zu setzen, und es ist manchmal auch sehr wohlfeil, Volksvertreter:innen, die Tag und Nacht um die Bewältigung der Pandemie ringen, schlaue Ratschläge zu erteilen. Bei vielen politischen Entscheidungen weiß man nämlich derzeit nicht, ob sie wirken; man weiß aber sicher, dass einem von irgendwoher wieder Empörung entgegenschlägt.

Aber es ist eben auch nicht sehr seriös, mit der Methode einer stakkatohaften Aneinanderreihung von Zitaten die These zu begründen, hier sei die Verfassungskrise herbeigeschrieben und Stoff für verrückte Esoteriker geliefert worden. Dazu müsste man die Zitate zumindest in ihre inhaltlichen, zeitlichen und medialen Kontexte rücken. Ich kenne jedenfalls kein professorales Mitglied der Staatsrechtslehrervereinigung, das sich der rustikalen Primitiv-These vom systematischen Verfassungsbruch angeschlossen hätte. Man kann auch herbeischreiben, dass andere, die sich um die Sache bemüht haben, eine Verfassungskrise herbeigeschrieben haben.

Der Topos der herbeigeschriebenen Verfassungskrise ist daher ein Pappkamerad, der den Blick auf die eigentlich wichtigen Debatten im Spannungsfeld von Politik und Wissenschaft verstellt. Man steht gemütlich an der Seitenlinie, reibt sich an Einzelformulierungen auf und drückt sich um die Sachdebatte herum, um die sich andere bemühen. Daher sollten wir nicht zu viel Aufwand darauf verwenden, Haltungsnoten zu verteilen, sondern über Haltungen zu Verfassungsnormen diskutieren. Vielleicht lassen sich *Matthias Jestaedt* und *Anna-Bettina Kaiser* daher auf die gemeinsame Zwischenbilanz ein, dass zwar auf dem Spielfeld gelegentlich Fehlpässe gespielt, aber eben auch nur dort Tore erzielt werden. „Geht’s raus und spielt’s Fußball“, würde der [einzige Kaiser raten, den die Republik noch toleriert hat](#).

II.

Jestaedt und *Kaiser* sind nach Zögern rausgegangen. Aber ihr Anliegen scheint sich darauf zu beschränken, eigene Fehlpässe zu vermeiden. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einzelner Entscheidungen werden so zaghaft, vorsichtig und leise angedeutet, dass man sie politisch übergehen kann und sich rechtswissenschaftlich gar nicht mit ihnen auseinandersetzen könnte, selbst man das wollte. Und an den beiden Punkten, in denen sie sich deutlicher festgelegt haben, haben sich mich nicht überzeugt:

1. *Jestaedt* und *Kaiser* konzedieren, man könne „mit Fug und Recht“ die Frage aufwerfen, ob § 5 Abs. 2 IfSG das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigen darf, Rechtsverordnungen zu erlassen, die von Parlamentsgesetzen abweichen bzw. „Ausnahmen“ von diesen erlauben. Nichts anderes haben viele von uns getan, und zur Auslegung gehört – das wird ja gerade *Matthias Jestaedt* freuen – nun einmal auch der Hinweis auf den historischen Verfassungsgeber, der erstmals in einer deutschen Verfassung das in Weimar noch sehr unklare Verhältnis zwischen Parlamentsgesetz und Rechtsverordnung geregelt hat, weil er die Praxis der gesetzesvertretenden Verordnungen in der Endphase der Weimarer Republik zukünftig verhindern wollte. Verfassungsnormen reflektieren historische Gefährdungslagen, und darauf wird man auch außerhalb eines verfassungshistorischen Proseminars einmal hinweisen können, wenn auch vielleicht etwas weniger zugespitzt als das geschehen ist.

Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert gesetzesvertretende Verordnungen dennoch ausnahmsweise, wenn das Gesetz präzise bestimmt, von welchen Einzelbestimmungen unter welchen Voraussetzungen abgewichen werden darf. § 5 Abs. 2 IfSG stellt aber in seinen Einzeltatbeständen eine praktisch unbegrenzte Blankovollmacht aus, von mehr als tausend nicht näher benannten Parlamentsnormen abzuweichen. Dass damit das Verhältnis von Gesetz und Rechtsverordnung ins Gegenteil verkehrt wird, ist auch jüngst wieder betont worden (neben vielen früheren Stellungnahmen hier nur *Dreier*, DÖV 2021, 229/235f. und *Poscher*, in: Huster/Kingreen [Hrsg.], Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2021, § 4 Rn. 29). Als die Debatte im vergangenen Frühjahr begann, gehörte zu den Bestimmungen, von denen abgewichen werden durfte, sogar noch das Infektionsschutzgesetz selbst (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IfSG a.F.). Das Bundesministerium für Gesundheit hätte also sogar § 5 Abs. 1 IfSG suspendieren können, der den Bundestag ermächtigt, eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festzustellen, um die demokratische Legitimation des pandemischen Sonderregimes zu stärken.

Alles nicht so schlimm, meinen *Jestaedt* und *Kaiser*. Der Bundestag habe es doch jederzeit in der Hand, die Befugnisse des Ministers entfallen zu lassen. Außerdem müsse er nach der im März 2021 beschlossenen Änderung des § 5 Abs. 1 IfSG über das Fortbestehen des Gesundheitsnotstands zumindest alle drei Monate abstimmen. So einfach ist es aber leider nicht. „Das Parlament“, von dem *Jestaedt* und *Kaiser* sprechen, ist nämlich „nur“ die Mehrheit des Parlaments, aber nicht die Opposition. So lange die Mehrheit des Bundestages meint, dass wesentliche Entscheidungen nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren getroffen werden müssen, sondern in ihnen parteipolitisch nahestehenden ministeriellen Büros, soll dennoch alles

gut sein. *Jestaedt* und *Kaiser* erlauben es der Parlamentsmehrheit also, über die Notwendigkeit eines Gesetzgebungsverfahrens zu disponieren, das die Teilhabe der Opposition sicherstellt und es ermöglicht, Sachverstand und Betroffene in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Sie akzeptieren damit die von ihnen selbst nahegelegte Verfassungswidrigkeit der gesetzesvertretenden Verordnungen, solange es die Mehrheit des Bundestages in der Hand hat, den verfassungswidrigen Zustand wieder zu beseitigen. In der Demokratie entscheiden zwar Mehrheiten, aber über der Verfassung stehen sie nicht.

Daher ist auch die von *Jestaedt* und *Kaiser* gefeierte jüngste Änderung des § 5 Abs. 1 IfSG bei Lichte betrachtet ein weiterer Schritt zur Verstetigung eines verfassungswidrigen Zustands. Was sie nämlich nicht erwähnen: Die Norm ist mit dieser Novelle auch entfristet worden. Zuvor sollten § 5 Abs. 2 IfSG und die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen bis zum 31.3.2021 befristet sein. Alles nicht so schlimm – nach einem Jahr ist es ja wieder vorbei, so meinte man auch damals schon. Nach der Entfristung kann aber nun auch in der nächsten Legislaturperiode eine [Parlamentsmehrheit in schöner Regelmäßigkeit beschließen, dass weiter von den eigenen Gesetzen abgewichen werden darf](#). Der Draht zwischen Ministerien und Regierungsfractionen ist ja kurz, und man muss sich nicht mit der lästigen Opposition, der daueraufgeregten Öffentlichkeit und „[irgendwelchen Professoren](#)“ herumschlagen.

Auch ohne hellseherische Kompetenz wird man allerdings voraussagen können, dass sich eine der beiden Regierungsfractionen nach der anstehenden Bundestagswahl auf den Oppositionsbänken wiederfinden wird. Möglicherweise erklärt das, dass nicht nur die demokratischen Oppositionsfractionen, sondern auch die SPD in den vergangenen Monaten oftmals Beratung gesucht und dann im Gesundheitsausschuss auch kritisch nachgehakt hat. Vielleicht wäre es aber auch für Volksvertreter wie *Günter Krings* eine ganz nützliche Erfahrung, in der nächsten Legislaturperiode anderen beim parlamentsfernen Verordnen zuzuschauen und sich dann zu einer Neubewertung aufzuraffen. Immerhin hat sich „sein“ Ministerium im durchaus sensiblen Wahlrecht mit § 52 Abs. 4 BWahlG auch eine Rechtsgrundlage für gesetzesvertretende Verordnungen genehmigt.

Anders als es *Jestaedt* und *Kaiser* offenbar wahrnehmen, geht es bei der Diskussion über § 5 IfSG auch keinesfalls nur um die Vermessung der verfassungsrechtlichen Grenzen. Die ganze Konstruktion, dass eine Norm, die das Parlament beschlossen hat, nur angewendet werden soll, wenn dasselbe Parlament das in einem Feststellungsbeschluss beschließt, ist ja schon einigermaßen abstrus. Der Feststellungsbeschluss löst zudem, was bislang kaum thematisiert wurde, nicht nur die verfassungswidrigen Befugnisse in § 5 Abs. 2 IfSG aus, sondern er ist auch Voraussetzung für die Anwendung von § 28a IfSG, der die rechtlichen Voraussetzungen für die Maßnahmen im sogenannten Lockdown normiert, sowie für diverse andere Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Rechtsverordnungen (etwa § 36 Abs. 8 und 10 IfSG und § 20i Abs. 3 SGB V). Wenn der Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 IfSG aufgehoben wird oder als aufgehoben gilt, können alle diese Rechtsgrundlagen nicht mehr genutzt werden. Das ist problematisch, wenn zwar keine „epidemische Lage“ mehr

vorliegt, aber das infektionsschutzrechtliche Instrumentarium nach wie vor erforderlich ist. Beispielsweise kann es sich ja als notwendig erweisen, gewisse Reise- oder Kontaktbeschränkungen auch noch aufrecht zu erhalten, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen einer „epidemische Lage“ gar nicht mehr vorliegen. Man muss also, damit diese Normen noch rechtlich wirken können, den Beschluss immer wieder verlängern, bis das Virus weg ist (also nie) und kann dann gleich mit der Klimakrise weitermachen, die ja den eigentlichen Hintergrund für die Sorge bildet, dass Gewöhnungseffekte an verfassungswidrige Zustände entstehen.

2. Die Ausführungen von *Matthias Jestaedt* und *Anna-Bettina Kaiser* zur Leistungsfähigkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes treffen hingegen den eigentlichen Kern der Debatte nicht so ganz. Sie beschränken sich nämlich auf die Rolle der Justiz, die – da gibt es keinen Widerspruch – natürlich nicht legitimiert ist, mit Erforderlichkeits- und Angemessenheitskontrollen über die einzig richtige Pandemiopolitik zu entscheiden. Man könnte mit Blick auf seine kuriosen hundertseitigen Verhältnismäßigkeitsprüfungen im Sicherheitsrecht spötteln, dass so etwas nur das Bundesverfassungsgericht darf. Die Verwaltungsgerichte hingegen haben zwar offensichtlich sinnlose bzw. unbestimmte Maßnahmen wie die 15-Kilometer-Regelung aufgehoben, sich im Übrigen aber eher zurückgehalten.

Persönlich habe ich den Eindruck, dass politisch schon für die (vielleicht nur vermeintlich) zukünftigen politischen Mehrheiten abgewogen wird: eine gar nicht mehr so erstaunliche Allianz aus braven Konservativen, die im Zweifel schon immer die Sicherheit der Freiheit vorgezogen haben, und einer großen grünen Blase, die sich in feinen Einfamilienhäusern und großzügigen Altbauwohnungen bei Hafermilch und Chia-Samen der eigenen Progressivität und Liberalität rühmen, es aber bei Umwelt- und Gesundheitsthemen schon immer gerne etwa autoritärer hatten. Die geplatzten Lebensprojekte, eine noch vielfach verschämte neue Armut und die durch die Pandemie nochmals verschärften grotesken Bildungsungerechtigkeiten sowie die vielen Einsamen und Verzweifelten sind in diesen saturierten Lebenswelten zwar als soziale Systeme bekannt, aber praktisch doch irgendwie weit weg. Aber das sind natürlich keine Aussagen, die für die verfassungsrechtliche Beurteilung taugen, sondern allenfalls offengelegte Vorverständnisse.

Anders als es *Jestaedt* und *Kaiser* es meinen, nimmt die verfassungsrechtliche Debatte derzeit nicht primär eine materiell-rechtliche Kontrollperspektive auf einzelne Eindämmungsmaßnahmen ein, sondern sie kreist darum, wer in welchen Verfahren entscheidet, ja ganz grundsätzlich, wie in der Pandemie regiert wird. Gegenstand der Diskussion ist also die erste, nicht die dritte Gewalt. Es geht hier vor allem um § 28a IfSG, der ebenso wortgewaltig wie substanzarm ist, und daher in zunehmend erratischen Ministerpräsidentenkonferenzen mit dem Kanzleramt konkretisiert werden muss. Art. 83 GG könnte man mittlerweile umformulieren: „Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit, das Infektionsschutzgesetz aber nur nach Maßgabe der Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz aus“. Nur ein Vorschlag, ist natürlich nicht verfassungsrechtlich zwingend.

Tatsächlich sind die Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz bislang nur politisch verbindlich, und so können alle Teilnehmenden im Nachgang nach strategischen Nützlichkeitsabwägungen entscheiden, wie und was man öffnet und

wo man notbremst. Zu den neuen Absurditäten des infektionsschutzrechtlichen Föderalismus gehört auch, dass der bayerische Ministerpräsident zwar andere Bundesländer schriftlich über die richtigen Maßnahmen meint belehren zu müssen, es aber anders als viele der belehrten Länder toleriert, dass sich die Menschen noch um 20 Uhr zu Hunderten ungetestet in bayerischen Baumärkten drängeln dürfen, aber mit dem frisch getesteten Partner schon zwei Stunden später keinen gemeinsamen Abendspaziergang mehr machen dürfen, um ihm von den schönen Erlebnissen im Baumarkt zu erzählen.

Die unendlichen Debatten über die Verbindlichkeit des Unverbindlichen und die eher peinlichen prä-elektoralen Inszenierungen ließen sich vermeiden, wenn man – wie das aus der Verfassungsrechtswissenschaft seit Monaten gefordert wird – die politischen Stufenpläne endlich in Rechtsnormen überführen würde. Aber auch in dieser Debatte geht es nicht um den binären Schematismus „verfassungswidrig/verfassungsmäßig“, sondern um gutes Recht und gutes Regieren. Auch dazu sollte die Verfassungsrechtswissenschaft etwas zu sagen haben.

III.

Andere Wissenschaftsdisziplinen gehen ihr Verhältnis zur Politik derzeit wesentlich unbefangener an als die Rechtswissenschaft. Es ist wissenschaftstheoretisch ebenso unterkomplex wie politisch unverfroren, wenn einzelne Virolog:innen, Physiker:innen und Mathematiker:innen, unterlegt mit einer mittlerweile gut eingeübten Angstrhetorik, in der Öffentlichkeit verkünden, wozu „die Wissenschaft“ der Politik geraten habe. Und es ist schon fast putzig, wie sie dann entrüstet nicht verstehen möchten und angesichts ihres reduktionistischen Wissenschaftsverständnisses auch gar nicht verstehen können, dass diese Politik es doch tatsächlich manchmal wagt, nicht auf sie, „die Wissenschaft“ zu hören. Ihnen reicht es, dass Menschen aus dem öffentlichen Raum verschwinden und sie schauen verständnislos auf die Gesellschaftswissenschaften, die wissen wollen, wohin diese Menschen verschwinden und wie es ihnen da eigentlich so geht. Methodenehrlich ist dieses „*La science, c'est nous!*“ angesichts der Meinungsvielfalt in diesen Disziplinen übrigens auch nicht, die keinesfalls so exakt sind wie sie sich derzeit gerieren.

Für die Verfassungsrechtswissenschaft wäre diese wissenschaftspolitische Hemdsärmeligkeit ohne Zweifel fehl am Platze. Die verdienstvolle Debatte auf diesem Blog erinnert daran, dass sie rollenehrlich bleiben und nicht versuchen darf, mit dem Argument verfassungsrechtlicher Alternativlosigkeit die Diskurshoheit über öffentliche Kontroversen zu erringen. Aber sie muss sich als Gesellschaftswissenschaft verstehen, die über das Recht nicht nur spricht, wenn dieses politische Entscheidungen zwingend erfordert oder verbietet ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Kolleg:innen, die in diesem Sinne raus in die Gesellschaft gehen, stärken die Verfassungsrechtswissenschaft auch im interdisziplinären Diskurs.